

<b>Publicatie:</b> Fiscaal Tijdschrift Vermogen
<b>Aflevering:</b> 2006/3
<b>Vindplaats:</b> 2006/15
<b>Publicatiedatum:</b> 01 maart 2006
<b>Auteurs:</b> Mr. P.C. van Es, Universitair docent notarieel recht, Universiteit Leiden

## Het toestemmingsvereiste van art. 1:88 BW

*Naar aanleiding van twee recente arresten van de Hoge Raad wordt ingegaan op het toepassingsgebied van art. 1:88 lid 1 sub c BW en de hieraan gerelateerde uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW.*

### 1 Inleiding

De Hoge Raad heeft recentelijk twee arresten gewezen waarin het toestemmingsvereiste van art. 1:88 BW centraal stond. De eerste uitspraak (HR 13 januari 2006, LJN AU4120) heeft betrekking op een op meerdere namen gestelde rekening-courant, waarvoor gold dat alle rekeninghouders hoofdelijk aansprakelijk waren voor de aanzuivering van een debetsaldo. De vraag is of voor het aangaan van een dergelijke rekeningcourantovereenkomst op grond van art. 1:88 lid 1 sub c BW<sup>1</sup> de toestemming van de echtgenoot van een gehuwde rekeninghouder vereist is. De beslissing van de Hoge Raad in deze zaak is nauw verweven met de door het hof vastgestelde feiten en de wijze van procederen. De uitspraak zal worden geanalyseerd en voorzien van een kritische kanttekening. Het tweede arrest (HR 20 januari 2006, LJN AU5681) heeft betrekking op de reikwijdte van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW.<sup>2</sup> De Hoge Raad beslist dat de hoedanigheid van bestuurder/aandeelhouder, zoals voorgeschreven door de bepaling, vereist is op het moment van het aangaan van de onder art. 1:88 lid 1 sub c BW bedoelde rechtshandelingen. Het ging in deze zaak om een borgstelling voor schulden van een BV door een gehuwde borg die bestuurder was van de betreffende vennootschap maar (nog) geen aandeelhouder. Op het moment van de borgstelling waren alle aandelen al wel aan hem verkocht, maar nog niet geleverd. Zoals zal worden besproken, laat de toepassing van de in dit arrest door de Hoge Raad gegeven regel zich ook buiten de specifieke omstandigheden van het berechte geval denken, en wel in het geval er sprake is van een borgtocht (of een soortgelijke onder art. 1:88 lid 1 sub c BW begrepen rechtshandeling) ten behoeve van een nog op te richten BV. Bezien zal worden of dezelfde beperkte uitleg van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW in dat geval op zijn plaats is.

### 2 HR 13 januari 2006, LJN AU4120

In de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 13 januari 2006 ging het om het volgende. De twee oprichters ('oprichter 1' en 'oprichter 2') van de besloten vennootschap Megafleur BV gingen voor de oprichting van de BV een rekening-courantovereenkomst aan met de coöperatieve Rabobank Enschede UA ('Rabobank'). De beide oprichters handelden bij het aangaan van deze overeenkomst zowel voor zich in privé, als als oprichters van Megafleur BV in oprichting (i.o.). Hoewel bij de overeenkomst geen kredietfaciliteit was verstrekt, vertoonde de rekeningcourant op een gegeven moment een debetstand van € 683.111,21 (€ 309.982,35). Dit tekort was ontstaan doordat oprichter 1 en haar echtgenoot namens de inmiddels opgerichte Megafleur BV (in hun hoedanigheid van bestuurders) een groot

uitte financier van Megafleur BV: de Volksbank Gronau-Ahaus) werden meteen op de rekening gecreëerd 'onder gewoon voorbehoud', hetgeen wil zeggen dat het recht werd voorbehouden om de rekening weer te debiteren wanneer de cheques niet zouden worden uitbetaald. De Rabobank stelt dat oprichter 1, oprichter 2 en Megafleur BV hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de aanzuivering van het debetsaldo en vordert van hen betaling. De echtgenoot van oprichter 1 beroept zich op de vernietigbaarheid van de rekening-courantovereenkomst in verband met het ontbreken van de op grond van art. 1:88 lid 1 sub c vereiste toestemming. Zowel de rechtbank als het hof verwerpt het beroep op de vernietiging en veroordeelt oprichter 1, oprichter 2 en Megafleur BV hoofdelijk tot schadevergoeding. De rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6 van het hof verdienen het om in hun geheel geciteerd te worden: "4.5 Er zijn tal van omstandigheden denkbaar die hoofdelijke aansprakelijkheid door het aangaan van een overeenkomst kunnen meebrengen, maar dat is onvoldoende. Het gaat er om dat het aangaan van de overeenkomst juist daartoe strekt,

daarop gericht is (zie Invoering Boeken 3, 5 en 6 Aanpassing Burgerlijk Wetboek, (MvT) p. 19). De vraag of de rekening-courantovereenkomst er op was gericht dat [oprichter 1] zich (...) als hoofdelijk medeschuldenaar voor een schuld van Megafleur B.V. (i.o.) verbond, moet ontkennend worden beantwoord. Noch uit de akte noch uit enige andere omstandigheid is gebleken dat de rekeningcourantovereenkomst ook maar enige kredietfaciliteit inhield of beoogde tot enige schuld aanleiding te geven.

4.6 Het beroep op de vernietiging van de deelneming van [oprichter 1] aan de rekening-courantovereenkomst is daarom terecht verworpen. De rechtbank heeft [oprichter 1] hoofdelijk tot schadevergoeding veroordeeld wegens haar toerekenbare tekortkoming in haar uit de rekening-courantovereenkomst voortvloeiende verplichting om het debet-saldo daarvan aan te zuiveren. Deze veroordeling is klaarblijkelijk gebaseerd op artikel 6:102, lid 1 BW.”<sup>3</sup>

Van groot belang is dat zowel de rechtbank als het hof de hoofdelijke aansprakelijkheid van oprichter 1 baseert op art. 6:102 lid 1 BW. De rekening-courantovereenkomst voorziet niet in een kredietfaciliteit. Door het niet aanzuiveren van het debetsaldo komen alle rekeninghouders toerekenbaar tekort in de nakoming van de hun uit de rekening-courantovereenkomst voortvloeiende verplichting. Voor de hieruit voortvloeiende schade zijn alle rekeninghouders (volgens rechtbank en hof) op grond van art. 6:102 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk. Het hof baseert de hoofdelijke aansprakelijkheid van oprichter 1 nadrukkelijk *niet* op art. 3, aanhef en onder e van de op de rekening-courantovereenkomst van toepassing zijnde Algemene Voorwaarden rekening-courant Rabobankorganisatie 1994. Deze bepaling luidt als volgt:

*“Indien de bank de rekening voor meer rekeninghouders aanhoudt, zijn de rekeninghouders - tenzij schriftelijk anders met de bank is overeengekomen - zowel gezamenlijk als ieder afzonderlijk bevoegd over een tegoed op de rekening te beschikken en van een eventuele kredietfaciliteit gebruik te maken en wel onder de volgende bepalingen:*

*(...)*

*e. iedere rekeninghouder is hoofdelijk aansprakelijk voor een debetsaldo op de rekening.”*

Het hof heeft in rechtsoverweging 4.2 van zijn tussenvonnis ten aanzien van de hierboven geciteerde bepaling geoordeeld, dat deze slechts ziet op de hoofdelijke aansprakelijkheid van rekeninghouders in geval van gebruikmaking van een kredietfaciliteit en niet op het geval waarin sprake is van een *ongeoorloofde debetstand*.

Het belangrijkste cassatiemiddel richt zich tegen dit oordeel. De Hoge Raad overweegt hieromtrent in rechtsoverweging 3.3.2:

*“Ook als het middel terecht zou klagen dat 's hofs uitleg van de toepasselijke algemene voorwaarden onbegrijpelijk is omdat het daarin niet gelezen heeft wat het middel wil - te weten: dat [oprichter 1] zich met anderen hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van een eventueel debetsaldo - laat dat immers onverlet dat naar 's hofs oordeel de overeenkomst niet ertoe strekte dat [oprichter 1] zich, in dat geval: als hoofdelijk medeschuldenaar, jegens de Bank heeft verbonden in de zin van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c.”*

### 3 Commentaar

Wanneer men ervan uitgaat dat de lezing door het hof van art. 3 van de Algemene Voorwaarden juist is, en de gehuwde oprichter 1 zich dus niet bij rekeningcourantovereenkomst als hoofdelijk medeschuldenaar heeft verbonden, dan valt er tegen de beslissing van het hof omtrent het niet van toepassing zijn van de vernietigingsgrond van art. 1:88 lid 1 sub c BW, weinig in te brengen. Er is dan - om de woorden in de memorie van toelichting bij het gewijzigde art. 1:88 BW te gebruiken - sprake van een overeenkomst die 'hoofdelijke aansprakelijkheid kan medebrengen', maar niet van een overeenkomst die 'juist daartoe strekt, daarop is gericht'. Als voorbeelden van dergelijke overeenkomsten worden in de MvT genoemd: het toetreden als bestuurslid tot een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid en het aangaan van een vennootschap onder firma.<sup>4</sup> Wanneer men er echter - anders dan het hof - van uitgaat dat het bedoelde art. 3 ook ziet op hoofdelijke aansprakelijkheid in verband met een ongeoorloofde debetstand, dan heeft

oprichter 1 zich naar mijn mening wel als hoofdelijk medeschuldenaar in de zin van art. 1:88 lid 1 sub c BW verbonden. Weliswaar strekt ook in dat geval de rekening-courantovereenkomst als geheel er niet toe dat oprichter 1 zich hoofdelijk verbindt, aangezien het niet de bedoeling is dat een debetsaldo ontstaat. Dit neemt echter niet weg dat er - bij de bedoelde lezing van art. 3 - wel sprake is van een *deelovereenkomst* waarin oprichter 1 zich voor een bepaalde onverwachte (maar niet geheel onvoorziene) situatie als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt. Deze deelovereenkomst kan door de echtgenoot op grond van art. 1:88 lid 1 sub c jo. art. 1:89 lid 1 BW<sup>5</sup> vernietigd worden.<sup>6</sup> Door alleen naar de strekking van de overeenkomst als geheel te kijken, miskent de Hoge Raad de betekenis van art. 1:88 BW. Overigens zouden oprichter 1 en de echtgenoot met de door mij voorgestane benadering niet veel geholpen zijn zolang het oordeel van rechtbank en hof overeind blijft dat - in het geval van een rekening-courantovereenkomst die niet voorziet in een kredietfaciliteit - het niet aanzuiveren van een ongeoorloofd debetsaldo een toerekenbare tekortkoming vormt waarvoor alle rekeninghouders op grond art. 6:102 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Opgemerkt moet worden dat in de besproken casus de oprichters zowel voor zich in privé handelden, als als oprichters van Megafleur BV i.o. Het is ook denkbaar dat de oprichters alleen namens Megafleur BV

i.o. zouden hebben gehandeld. De gebondenheid van de oprichters aan de rekening-courantovereenkomst zou in dat geval eindigen op het moment van bekrachtiging door Megafleur BV (art. 2:203 leden 1 en 2 BW). Ondanks het feit dat geen kredietfaciliteit werd verleend, ligt het voor de hand dat de Rabobank in dit scenario desalniettemin zekerheidshalve van de oprichters geëist zou hebben dat zij zich voor de aanzuivering van een eventueel (ongeoorloofd) debetsaldo hoofdelijk aansprakelijk stelden of dat zij zich als borg verbonden. In deze (vergelijkbare) situatie is het duidelijk dat op grond van art. 1:88 lid 1 sub c BW in beginsel toestemming van de echtgenoot vereist is. De vraag of in deze situatie de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW van toepassing kan zijn, komt hieronder (onder 6) aan de orde.

#### 4 HR 20 januari 2006, LJN AU5681

In het arrest van 20 januari 2006 gaat het om de vernietiging op grond van art. 1:88 lid 1 sub c jo. art. 1:89 lid 1 BW van een door een gehuwde borg ('A') aangegane borgtochtovereenkomst. A had namens een besloten vennootschap ('BV') een kredietovereenkomst gesloten met een rechtsvoorganger van de Fortis Bank ('bank'). Bij die gelegenheid had A zich als borg jegens de bank verbonden voor betaling van al hetgeen de BV aan de bank schuldig is of zal worden. Op het moment van het aangaan van de borgtochtovereenkomst was A al bestuurder van de BV, maar nog geen aandeelhouder. De aandelen waren al wel aan hem verkocht, maar de levering zou pas ongeveer vijf maanden na de borgstelling plaatsvinden.

De echtgenoot doet een beroep op vernietiging van de borgtochtovereenkomst en vordert samen met A een verklaring voor recht dat de vernietiging rechtsgeldig is. Nadat de rechtbank de vordering heeft afgewezen (op de grond dat de bank ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst te goeder trouw zou zijn geweest in de zin van art. 1:89 lid 2 BW), wijst het hof de vordering toe. Het hof concludeert dat de uitzonderingsbepaling van art. 1:88 lid 5 BW niet van toepassing is. A - die ten tijde van de overeenkomst geen aandelen hield in de BV - kan niet gelijkgesteld worden met een aandeelhouder als bedoeld in die bepaling. Het cassatieberoep wordt verworpen. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.7: "De hoedanigheid van bestuurder/aandeelhouder zoals vereist door art. 1:88 lid 5 dient aanwezig te zijn op het moment van het aangaan van de borgtocht."

#### 5 Commentaar

De Procureur-Generaal Hartkamp zet in zijn conclusie uiteen dat in het onderhavige geval niet alleen de letter, maar ook de *ratio* van art. 1:88 lid 5 BW aan de toepassing van de uitzondering in de weg staat. De uitzondering ziet - in de woorden van Hartkamp - op gevallen "waarin materieel geen onderscheid bestaat tussen de echtgenoot en de besloten of naamloze vennootschap waarin hij zijn onderneming drijft, en waarin sprake is van een combinatie van zeggenschap en financieel belang zoals die zich ook bij de eenmanszaak en de v.o.f. voordoet".<sup>7</sup> De positie van A - op het moment van de borgstelling - is volgens Hartkamp om meerdere redenen niet te vergelijken met die van een ondernemer die zijn beroep of bedrijf uitoefent in de vorm van een eenmanszaak of vof. In de eerste plaats had A onvoldoende zeggenschap over de aanwending van de geleende gelden en de overige bedrijfsvoering. A was weliswaar bestuurder,

maar hij kon (theoretisch) elk moment door de algemene vergadering van aandeelhouders worden ontslagen. Anders dan een ondernemer in een eenmanszaak of vof, had hij onvoldoende invloed op de kans dat hij als borg zou worden aangesproken. In de tweede plaats wijst Hartkamp erop dat het op het moment van de borgstelling onzeker was of A de aandelen ooit zou verkrijgen. Van de zijde van de verkoper zou beschikkingsonbevoegdheid als gevolg van faillissement, of wanprestatie (door verkoop en levering aan een derde) daaraan in de weg hebben kunnen staan. Dit onzekere financiële perspectief rechtvaardigt - aldus Hartkamp - toestemming van de andere echtgenoot voor de betreffende overeenkomst van borgtocht.

Denkbaar is dat A door ingewikkelde constructies als 'economisch eigenaar' van de aandelen zou kunnen worden aangemerkt en dat zijn positie daardoor wel te vergelijken zou zijn geweest met die van een ondernemer die zijn beroep of bedrijf uitoefent in de vorm van een eenmanszaak of vof. Ook dan is er volgens Hartkamp (die zich hierbij baseert op de ontstaansgeschiedenis van de bepaling) echter geen ruimte voor toepassing van art. 88 lid 5 BW. De Hoge Raad neemt deze gedachte in rechtsoverweging 3.4. over:

*“Uit de ontstaansgeschiedenis van art. 1:88 BW, zoals die is weergegeven in de conclusie van de Procureur-Generaal onder 10, komt naar voren dat de wetgever met de uitzondering op de gezinsbescherming van lid 5 (voorheen lid 4) van art. 1:88 een eenvoudige, doorzichtige regeling heeft willen geven en die uitzondering daarom heeft willen beperken tot gevallen waarin de handelende echtgenoot bestuurder is van een naamloze of besloten vennootschap waarvan deze alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt. Met afwijkingen van de normale regeling van het stemrecht en met de mogelijkheid van certificering van de aandelen heeft de wetgever in het huidige lid 5 van art. 1:88 daarom bewust geen rekening gehouden. Het moest een eenvoudige, doorzichtige regeling zijn die de criteria bevat die hier van belang zijn, namelijk een combinatie van zeggenschap en financieel belang, zoals die zich voor de ondernemer ook bij de eenmanszaak en de vennootschap onder firma voordoet.”*

De achtergrond van de door de Hoge Raad in het onderhavige arrest gegeven regel (te weten dat de hoedanigheid van bestuurder / aandeelhouder zoals vereist door art. 1:88 lid 5 aanwezig dient te zijn op het moment van het aangaan van de borgtocht) is thans geschetst. Een ruimere uitleg van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW zou (i) geen recht doen aan de positie van de betrokken borg en zijn echtgenoot; en

(ii) afbreuk doen aan de gewenste eenvoud van het systeem. In het licht van deze uitgangspunten wil ik een andere casus aan de orde stellen waarin de vraag kan rijzen of borgstelling door een niet-aandeelhouder al dan niet onder de uitzonderingsbepaling van art. 1:88 lid 5 BW valt. Het gaat dan om borgstelling voor de schulden van een BV door haar toekomstige bestuurder/aandeelhouder, op een tijdstip waarop de BV nog niet is opgericht maar als BV i.o. door het leven gaat.

## **6 Borgstelling door een toekomstige bestuurder/aandeelhouder van een nog niet opgerichte BV**

Op grond van art. 2:203 BW kunnen namens een nog op te richten BV rechtshandelingen worden verricht. De vennootschap is aan deze rechtshandelingen gebonden indien zij deze na haar oprichting bekrachtigt. Tot het moment van bekrachtiging is degene die de rechtshandeling namens de BV i.o. heeft verricht op grond van art. 2:203 lid 2 BW hoofdelijk verbonden, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen. Gesteld nu dat een toekomstig bestuurder/enig aandeelhouder ('X') van een op te richten BV ('X BV') met een bank in onderhandeling treedt over financiering van de activiteiten van X BV. Vervolgens gaat X namens X BV

i.o. met de bank een kredietovereenkomst aan. De bank stelt als nadere eis voor de financiering dat X zich als borg jegens de bank verbindt voor betaling van al hetgeen X BV aan de bank schuldig is of zal worden. Het is duidelijk dat X niet voldoet aan de eis van het zijn van aandeelhouder en bestuurder wanneer hij de door de bank gevraagde borgtochtovereenkomst aangaat op het moment van het totstandkomen van de kredietovereenkomst met X BV i.o., dus voor de oprichting van deze vennootschap. De vraag rijst of dit betekent dat de toestemming van de echtgenoot van X vereist is. Wanneer vaststaat dat X direct na oprichting aandeelhouder en bestuurder wordt van X BV, doet zich niet het probleem voor waarop PG Hartkamp wijst in zijn conclusie bij het arrest van 20 januari 2006, te weten dat X onvoldoende invloed heeft op de kans dat hij als borg zal worden aangesproken. Tot de oprichting drijft X de (latere)

onderneming van X BV als eenmanszaak en na de oprichting wordt de onderneming gedreven door 'zijn' BV. De voortdurende en ononderbroken combinatie van zeggenschap en financieel belang is dus gegarandeerd. Hieruit volgt naar mijn mening dat X - zonder toestemming van zijn echtgenoot - een (onaantastbare) *voorwaardelijke* borgtochtovereenkomst kan aangaan, onder de opschortende voorwaarde dat X direct na oprichting aandeelhouder en bestuurder wordt van X BV. Tegengeworpen zou kunnen worden dat het van toepassing laten zijn van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW op voorwaardelijke overeenkomsten, de eenvoud en doorzichtigheid van het systeem aantast. Dit bezwaar acht ik niet doorslaggevend, temeer daar de Hoge Raad in zijn arrest van 11 juli 2003<sup>8</sup> (waarin is beslist dat de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW ook van toepassing kan zijn bij tussengeschakelde vennootschappen) ten behoeve van het handelsverkeer al enige concessies heeft gedaan aan de eenvoud en de doorzichtigheid van het systeem.

1) Art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW: "Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor de volgende rechtshandelingen: (...) c. overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt."

2) Art. 1:88 lid 5 BW: "Toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c, is niet vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap."

3) Hof Arnhem, 30 september 2003, LJN AL7826.

4) PG Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, Kluwer: Deventer 1991, p. 19.

5) Art. 1:89 lid 1 BW: "Een rechtshandeling die een echtgenoot in strijd met het vorige artikel heeft verricht, is vernietigbaar; slechts de andere echtgenoot kan een beroep op de vernietigingsgrond doen."

6) Zowel de rechtbank als het hof gaan ervan uit dat de vordering van de echtgenoot van oprichter 1 gericht is op de vernietiging van de rekening-courantovereenkomst als geheel. In r.o. 4.6 van het vonnis van het hof wordt gesproken over "het beroep op de vernietiging van de deelneming (...) aan de rekening-courantovereenkomst". Ik ga voorbij aan de behandeling van de vraag of bij een beroep op partiële vernietigbaarheid, op grond van art. 3:41 BW de overeenkomst als geheel zou worden meegetrokken. Naar mijn mening zou alleen de Rabobank zich in het onderhavige geval op dit gevolg kunnen beroepen.

7) Zie de conclusie van PG Hartkamp onder 11.

8) *NJ* 2004, 173 m.nt. WMK.

---